

西南政法大学证据法学研究中心

潘金贵 主编

● 证据法理

证据：概念、属性及构成 周成泓

刑事证据法的程序向度

——对达玛斯卡“证据法支柱性要素”的解读 李冉毅

● 前沿聚焦

对非法证据“零排除”的思考 张步文

论非法口供排除的证明机制 莫湘益

● 实证研究

非法证据排除证明机制研究

——以非法言词证据排除为基点的实证分析 重庆市人民检察院第一分院课题组

张某涉嫌贩毒案的证据分析 潘金贵

● 异域法苑

《警察与刑事证据法》第78条之证据排除的实践与原则 [英]理查德·斯通/著 林诗蕴/译

关于证据的若干问题探讨 [澳]安德鲁·帕尔玛/著 张雪燃/译

证据法学论丛

ZHENGJU FAXUE LUNCONG

第一卷

中国检察出版社

西南政法大学证据法学研究中心

潘金贵 主编

证据法学论丛

ZHENGJU FAXUE LUNCONG

第一卷



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据法学论丛. 第一卷 / 潘金贵主编. —北京: 中国检察出版社, 2012. 12
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0770 - 9

I. ①证… II. ①潘… III. ①证据 - 法学 - 文集 IV. ①D915. 130 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 265129 号

证据法学论丛 (第一卷)

潘金贵 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 23.5 印张

字 数: 427 千字

版 次: 2012 年 12 月第一版 2012 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0770 - 9

定 价: 48.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

用证据说话：基于实践的 感悟与思考（代创刊词）

潘金贵*

证据法学在西方尤其是英美法国家是一门“显学”，而在中国却是一门被边缘化的学科。在中国的法科教育中，证据法学不仅被排除在“主干课”之外，多被设为“选修课”甚至不开设，而且连“名分”都没有，官方的课程称谓是“证据学”，似乎与法无关。中国对证据法学教育的漠视颇让外国的教授们感到“莫名惊诧”！当然，这或许与中国没有一部法律叫“证据法”也有一定关系——中国的证据规则都是粗疏地规定在诉讼法典之中，虽然近年来陆续颁布了几个涉及证据方面的司法解释，但是证据法典依然阙如。这固然是受大陆法系证据立法模式的影响，但如果了解中国证据立法的艰难历程，认为证据法在立法者的意识中亦未受到应有的重视并非妄论。

然而，一旦真正接触司法实践，证据在办理案件过程中的重要性立即凸显，这或许是坐在书斋里做“案头文章”无法切身感受的。这种感受，套用法条表述可以谓之：“认定案件事实，必须以证据为依据”，简言之可以概括为：用证据说话！正如边沁所言：“证据是正义之根基：排除证据，就是排除正义”——当纠纷酿成诉讼，无论刑事、民事还是行政案件，如果站在理想主义的角度排除一切案外因素的话，当事人要维护自己的合法权益以及公权力机关要主持公道、实现正义的基础无疑首先考量的应当是证据，因为当事人的诉求、司法机关的裁决都必须建立在证据的支撑之上！

“纸上得来终觉浅，绝知此事要躬行”，从司法实践来看，办理案件的过程，实质上就是一个收集、审查、认定证据的过程。笔者把办案过程归纳为一

* 西南政法大学法学院教授，西南政法大学证据法学研究中心主任。

一个简单的公式：证据—事实—法律，即依据证据、认定事实、适用法律。在这个公式中，适用法律是最终的但却不是最重要的环节，收集、审查、认定证据进而在此基础上认定案件事实才是处理案件的关键所在，其核心是“证据分析”。只要前面两个环节正确无误，最后适用法律基本属于“依葫芦画瓢”的相对简单的操作，而一旦前两个环节出了问题，则容易导致冤假错案。司法实践中，一些冤假错案的产生，排除案外因素，往往就是证据审查、认定事实出了错误。

笔者从事多年刑事辩护，感受最深的就是事实与证据之间的关系，尽管这个问题学界已经有颇多论著。笔者认为，即使仅仅从汉语“解构”的角度，“事实”加了定语“案件”之后，“案件事实”作为一个词组就已经不可能等同于“事实”。从法学角度来解读，“事实”很大程度上是一个哲学概念，而“案件事实”则是一个严格的法学概念。“案件事实”是一个诉争双方用证据来构建的“证据事实”。无论何种类型的案件，由于诉讼固有的、内在的对抗性和争斗性，诉争双方（包括作为控方的公诉机关）出于“打赢官司”的本能，都会有意无意地在证据上“做文章”，从而导致“案件事实”与“事实”之间出现或多或少的偏差。在司法实践中，可以说没有一个案件的“案件事实”和“事实”是一模一样的，套用英美法系的证明标准理论即“绝对证明”是不存在的。应当看到，案件发生于前，诉讼形成于后，无论侦查人员、检察人员、审判人员还是律师，都只是解决纠纷的参与者而不是产生纠纷的当事人，案件的事实真相对于当事人是已知的，而对于公安司法人员或律师而言，就是一个“既往矣”却未知的“待解的谜”。由于不是当事人，由于不知道已经发生的“事实”是什么，公安司法人员或律师就只有通过收集、审查、认定证据来分析判断事实到底是什么，其得出的结论就是“案件事实”。换言之，“案件事实”是“证据分析”的结果，而在很多时候，得出的结果未必就是真正的谜底。所以，如果说诉讼是解决纠纷的途径，证据则是进行诉讼的根基。进行诉讼只有以证据为基础，只能用证据说话，没有证据，即使原本属于正义的一方，也只能承担不利的法律后果。从诉讼角度讲，在某种意义上，“事实”是什么并不重要，重要的是证据能证明的“案件事实”是什么。正如一位资深法官所言：“关键不是你想证明什么，而是你的证据能证明什么”。通常所说的“以事实为依据”，准确的表达应当是“以案件事实为依据”，亦即以认定的证据能够证实的案件事实为依据。如果证据证明的案件事实与发生的客观事实相一致，“以案件事实为依据”则达到了很好的法律效果；如果证据证明的案件事实与发生的客观事实不相一致，则只能以证据证明的案件事实为依据作出裁判。

被誉为华裔“神探”的李昌钰先生在《神探李昌钰破案实录》一书的扉页上亲笔题字：“用证据说话”。这句话想必也是李昌钰先生多年破案的实践感受。其实，笔者相信绝大多数从事司法实务工作的人也都有“用证据说话”的切身感受——尽管在司法实践中，有的司法实务工作者对证据问题不够重视，证据法学素养较差，在收集、审查、认定证据的过程中犯一些低级错误，但不能因此而否定证据的重要性。笔者在授课时无论对在校学生还是实务部门的学员，都一再强调要加强证据法学学习，提高证据素养，确属肺腑之言。

笔者自从事法学教育初始即开始给法科学生讲授证据法学，对证据法学一直有浓厚的兴趣，但是由于长期更多地关注实务，以至疏于对证据法学相关理论的学习和研究。虽然法学教育作为一门应用性人文科学，不能脱离实践，但法学教育者如果沉湎于实践办案而懈于理论的梳理、总结和研究，自身素养也得不到提高。笔者一直还比较重视理论与实践的结合，从事实务活动的同时并未停止对理论的思考。所以，在去年年底，笔者在校方的支持下，创立了“西南政法大学证据法学研究中心”。自今年起，笔者在西南政法大学创办了“‘用证据说话’系列证据法学讲堂”，时常邀约一些对证据法学感兴趣的法学教育工作者或者实务工作者就证据法学的一些理论或实践问题向学生们进行传道、授业、解惑。而为了做一点更有意义的事，在“研究中心”本无经费的情况下，笔者自己出资创办了这套《证据法学论丛》。之所以如此，不是为了标榜自己的崇高，也无与学界同仁“竞学”之意，更压根儿不在乎别人如何评价，只是想“自娱自乐”，体现自己现在的生活态度：做自己感兴趣的事！

笔者原本是“徘徊在理论与实践之间”的人，虽然耽于实务而淡出学界已有些时日，但是并不意味着笔者与学术绝缘。人到中年，渐渐少了一些浮躁，多了几分淡定。《证据法学论丛》的创刊，于笔者而言，或许意味着对学术的回归，毕竟，书斋是学人最好的归宿。

是为创刊词。

2012年10月于歌乐山麓

目 录

用证据说话:基于实践的感悟与思考(代创刊词)	潘金贵 / 1
------------------------	---------

证据法理

证据:概念、属性及构成	周成泓 / 1
刑事证据法的程序向度	
——对达玛斯卡“证据法支柱性要素”的解读	李冉毅 / 24
律师—委托人特权研究	王剑虹 / 40
质证漫议	
——以时下刑事司法为背景的思考	蒋 林 / 52
新刑事诉讼法的实施与书面证言的使用规范	颜 飞 / 61
侦查人员出庭作证制度刍议	
——以新《刑事诉讼法》第57条第2款为契机的分析	陈在上 / 75
论我国交叉询问制度的构建	
——以新刑事诉讼法的相关规定为视角	孙 琳 / 85

前沿聚焦

对非法证据“零排除”的思考	张步文 / 95
论非法口供排除的证明机制	莫湘益 / 110
新刑事诉讼法确立的非法证据排除规则评析	刘丹青 / 121
证据合法性的证明问题研究 山东省济宁市任城区人民检察院课题组	/ 133
论批捕环节非法证据的排除与人权保障	
重庆市江北区人民检察院课题组	/ 152

实证研究

非法证据排除证明机制研究

——以非法言词证据排除为基点的实证分析

重庆市人民检察院第一分院课题组 / 164

张某涉嫌贩毒案的证据分析

潘金贵 / 217

证据法学教学模式改革研究

潘金贵 王剑虹 颜 飞 / 244

异域法苑

《警察与刑事证据法》第78条之证据排除的实践与原则

[英] 理查德·斯通著 林诗蕴译 / 266

关于证据的若干问题探讨

[澳] 安德鲁·帕尔玛著 张雪燃译 / 285

美国刑事错案形成的证据因素及其控制

谢 媛 / 311

中美死刑案件证明标准比较研究

王 彪 / 332

被告人品格证据规则的域外考察及其借鉴意义

史月迎 / 345

● 证据法理

证据：概念、属性及构成

周成泓*

证据的概念是证据法学和证据制度的逻辑起点，相关研究浩如烟海。我认为，目前我国关于证据概念的研究程度不等地存在三个不足：一是哲学色彩过浓而法律性不足，意图以哲学上的抽象思辨来解决深具实践性的证据问题；二是把原本属于价值事实的证据当做科学事实来认识，将一个主体性的问题当做无主体性的问题来对待；^①三是证据概念的孤立静止性，以致切断了证据意义脉络的整体性，而“真正的一般性或共相”意指具体一般的概念，它并非被孤立地思考着的诸要素的总合，毋宁是有意地彼此相关的因素的整体，只有各要素的相互结合始能构成概念。^②真理的具体性决定了概念的具体性，一般概念必须具体化才能反映事物在不同条件下和不同联系中的特殊本质，概念的本质就是在自我发展的过程中证实自我。黑格尔的概念辩证法科学地揭示了概念的思维运动规律，而证据在诉讼中的运动更是一种物质性的实践活动，并非

* 广东商学院法学院副教授、法学博士。

^① 虽然我国现在也十分重视证据法领域中的价值论，但依我的理解，多数学者的观点似乎仍限于在追求客观真实与保障人权等价值之间取得平衡，而非将证据本身视为“事实”与“主体”两方面因素的混合物。如果说后者是“内在的视角”，那么前者就是“外在的视角”。由此可见，观念形态的人造物在我国是不容易得到认知和接受的，其深层原因在于作为我国传统文化背景的“天人合一”的观念，这种观念不承认自然的秩序与社会的秩序之间存在根本的差异，也不认为有可能或有必要在严格区别于实体存在的前提下创造出某种人工的观念形态存在。参见王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，台湾法务通信社1981年版，第73—74页。

^② See In der “Kleinen Logik” im Rahmen des “Systems der philosophie”, Sämtliche Werke (Ausz. Glockner), Bd. 8, S. 358f. (§ 163 Zusatz 1). 转引自 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第334页。

都能以概念来把握。因此，对证据概念的研究还须以实践理性的方法^①为指导，置重于诉讼实践，这一点针对证据概念研究上的前两点不足。

由研究方法和所持观点所决定，本文中的证据概念论包括了通常意义上的证据概念和证据属性。另外，本文仅论及刑事诉讼和民事诉讼而不及于行政诉讼，其原因是，虽有自己的特殊性，但总体而言，行政诉讼证据^②的特性仍不至于影响以刑事和民事证据为分析对象所得出的结论。

论文的基本思路是：首先对两大法系、苏联以及我国的证据概念论进行比较分析，然后分别从证据同实体法和诉讼程序相关联的角度对两大法系和我国的证据构成进行系统地阐释，最后在此基础上论证我国应当移植大陆法系的证据概念模式。

应予说明的是，本文主要不是具体问题导向的“问题性研究”，而是旨在揭示证据的概念同实体法和诉讼程序之间密切联系的“体系性研究”：我国目前的证据概念论所面临的挑战并非只是一个法律术语如何定义，而是关涉证据法学和证据制度整体逻辑体系的问题，故请读者诸君将理解的重点置于论文所揭示的法结构和思维模式上而非汲汲于个别问题的得失。此外，笔者一直以为，法学基础理论同制度建设和具体司法实践之间并无直接的对应关系，而是有立法政策、立法技术及司法政策等中间项横亘其间。因此，也请读者诸君勿将本文的论断看做具体的立法和司法建言。

一、证据概念及属性学说比较分析

（一）大陆法系的证据概念及属性学说

1. 证据概念学说

大陆法中的证据是指据以查明案件事实的材料，具体区分为证据方法、证据资料和证据原因。证据方法是指作为证据调查对象的有形物，法院通过调查程序（包括法院委托政府机关或其他团体进行的委托调查）获得的证据方法的内容称为证据资料，证据原因是指法官据以形成心证的资料或状况。

证据的定义是证据的一般概念，其功能在于以抽象的逻辑框定可以作为证据的事物。但事物的数量是无限的，而且这个层次的证据概念也不具有操作

^① 本文中的“实践理性”与纯粹理性相对应，其含义是指理性指导下的实践原则和行动准则，而非某一特定的研究方法。参见[美]理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第90页。

^② 行政证据包括行政程序证据和行政诉讼证据，由于各国行政法院系统的设置不同，二者的关系也不同。参见徐继敏：《行政证据制度研究》，中国法制出版社2006年版，第49页以下。我国实行行政程序法和行政诉讼法二分制度，行政程序证据和行政诉讼证据自然也不相同，以诉讼证据为研究对象的本文无须虑及行政程序证据。

性,故而应当予以具体化。证据方法将符合证据特征的事物纳入法律并使之类型化,表现为证据的法定种类,这是对“证据圈”的初步划定。证据一般概念与证据方法共同构成证据概念运动的正题,它是证据概念的单一的、抽象的、孤立的自在状态。

证据资料体现了诉讼主体企图超越本体论而对案件真实予以把握的主观努力,它是证据概念展开过程的否定性环节,一方面它因为掺入了主观性而距离案件真实更远,但另一方面它又更接近于案件真实。证据资料是证据概念运动的反题,是主观性支配着其客观性的主观证据。

证据原因是证据概念运动的合题阶段。证据原因的形成过程,是不断清除证据资料的外在的主观性,回复外在的客观性,最后达到内在的主观性和外在的客观性的统一的过程,它是证据的丰富的、具体的、相互联系的自为状态,只有这个阶段的证据才能作为待证事实与实体法律规范的联接中介。

2. 证据属性学说

大陆法系的证据属性以证据能力和证明力两个范畴来表达。

近代以前的证据制度以查明事实真相为唯一目的,不存在现代意义上的证据能力规范。二战以后,受英美证据法思想的影响,证据能力的概念得以出现,证据的证明价值这个唯一的特性从此被区分为证据能力和证明力两个特性。证据能力是指证据得以进入严格证明程序的资格,其作用在于确定证据调查的范围,证明力则指证据对证明案情的价值大小。

与英美法系不同,由于大陆法系国家并未实行典型的陪审制,并且强调发现实体真实,故而原则上不存在狭义的证据能力否定制度,其绝大部分的证据能力规范都旨在实现一定的政策性目标,而非确保案件真相的查明。此外,与英美法的可采性规范多属于强制性规范不同,大陆法系的证据能力规范的适用普遍采取法定主义与裁量主义相结合的做法,法官裁量主义体现了职权色彩,而法定主义反映了立法者意图约束法官的裁量权力。

虽然目前大陆证据法理论也认为证据能力是证据进入法庭调查的资格,但由其职权制的诉讼模式和一元化的法庭人员组成模式所决定,法庭对证据的“采纳”和“采信”没有也难以严格区分,而是由同一裁判主体在庭审时一并解决。诉讼中,如果某个证据被法官认定为不具有证据能力,其唯一的法律后果只是法庭不得在论证判决理由时引用之。由此,证据能力由接受法庭调查的资格蜕变为作为定案依据的资格。^①由此可见,源于英美法的证据能力规范与

^① [美] 米尔建·R. 达玛斯卡:《漂移的证据法》,李学军等译,中国政法大学出版社2003年版,第64页以下。

大陆法系的诉讼结构在本质上是相冲突的，对二者予以调适的难度很大。

（二）英美法系的证据概念学说

英美法对证据内涵的阐明通过相关性和可采性来完成，即使给证据下定义，其定义也仅具描述性，定义本身并无多少实质内容。

相关性是表征证据与案件事实之间联系的概念，它是证据进入诉讼的第一道障碍，旨在以抽象的逻辑将某事物纳入证据圈，即只要对证明案情具有某种功用，均可以作为诉讼证据。可采性是证据进入诉讼的第二道障碍，它作为反面、消极维度的规范，旨在提供排除某些证据的法律事由，起着控制证据总量和法庭辩论范围、提高诉讼效率的功能。

与大陆法系不同，英美法系的可采性被严格限定为证据能够进入法庭调查程序的资格，与对可采性的这种界定相联系，法律设置了一系列与之配套的程序制度。首先，严格区分审前程序与庭审程序，在审前程序中预先解决可采性问题。其次，将诉讼中的问题区分为事实问题和法律问题，并分别由法官和陪审团处理。

与大陆法系的证据能力概念仅具单一性不同，英美法系的可采性理论更为复杂、精细，除了通常意义的可采性以外，还包括有限的可采性和附条件的可采性。英美证据法的这个特点源于陪审制；此外，这也是为了适应陪审团审判中的法官指示程序（instruction）。^①

（三）苏联的证据概念及属性学说

1. 证据概念学说

苏联的法学理论形成于实质主义的思维环境，并且批判色彩十足。就证据的概念，苏联法学权威维辛斯基的事实说^②一直居于通说地位。另一位苏联法学家克列曼给出了手段说的证据定义，^③但其本质上仍属于事实说的范畴。由于极端的实质证据概念容易导致法律虚无主义，后来便出现了形式与内容相统一的证据概念，^④该说将证据事实和证明手段分别视为证据的实质方面和形式方面。由于其将证据事实视为证据的本质，故而该概念亦属于事实说的范畴。

苏联将证据理解为客观真实，除了其宣称的本质区别于资产阶级形式证据观的政治意义以外，还代表着一种思维范式，即认为所有的证据均拥有一个

^① 孙远：《刑事证据能力导论》，人民法院出版社2007年版，第28页。

^② [苏]安·扬·维辛斯基：《苏维埃法律上的诉讼证据理论》，王之相译，法律出版社1957年版，第2页。

^③ [苏]A. Ф. 克列曼：《苏维埃民事诉讼法》，刘家辉译，法律出版社1957年版，第227—230页。

^④ [苏]A. A. 多勃洛沃里斯基：《苏维埃民事诉讼》，李衍译，法律出版社1985年版，第197—198页。

法律之外的共同本质，这个共同本质是一个有待于人们去发现的本体论存在，发现这种本质就意味着找到了界定一切证据的总根据。由此，证据的概念在功能上就被赋予了无限期待，这体现了人们在认识论上的执著。但在超职权主义诉讼制度下，由于缺少程序理论与技术的支撑，其证据概念最后沦为一个巨大而空洞且具独断论色彩的价值符号。

2. 证据属性学说

就证据的相关性，维辛斯基认为，在遵循查明真相原则的前提下，具体的证据选择权都交由诉讼主体，法律不应预先进行规定，但出于巩固民事流转的需要，法律规定了预定证据的一些情形。^① 刑事诉讼由其目的所决定，不适用预定证据原则，但法律也规定有推定，另外法律还禁止使用某些证据，如传闻证据和宣誓等。^②

与维氏未明确区分证据的相关性和许可性不同，有学者指出，证据的关联性是指证据对证明案情是否具有实质意义，而证据的许可性是指对于一定的法律行为和法律事实，法律要求使用一定的证明手段，如书面证明等。^③

苏联对于证据相关性的讨论是从追求客观真实这一逻辑起点出发的，虽然已经涉及证明对象理论，却无法在理论和制度的整体上更进一步，因为查明客观真实要求法院应当利用所有的证据材料。而对证据许可性的研究也基本上限于民事诉讼中对于某些法律行为的证明应当使用特定证据方法的要求，止步于法定证据的范畴，无法发展出英美法系的可采性和大陆法系的证据能力之类的理论。

（四）新中国的证据概念及属性学说

1. 证据概念学说

苏联事实说的证据概念在新中国成立初期即被我国引进并占据主流地位至今，虽然早在20世纪60年代就已有学者提出了证据的主观性问题，^④ 但真正对事实说的证据概念构成挑战的是《法学研究》1981年第6期刊发的吴家麟的《论证据的主观性和客观性》一文提出的反映说，该说主张证据是反映案件事实的判断。不过，直至20世纪80年代后期肇始的审判方式改革，才促使学者们开始

^① [苏] A. Ф. 克列曼：《苏维埃民事诉讼法》，刘家辉译，法律出版社1957年版，第276—286页。

^② [苏] 切里佐夫：《苏维埃刑事诉讼》，中国人民大学刑法教研室译，法律出版社1956年版，第214—217页。

^③ [苏] A. A. 多勃洛沃里斯基，《苏维埃民事诉讼》，李衍译，法律出版社1985年版，第207—208页。

^④ 当时由张经平的《关于刑事诉讼证据理论的几个问题的探讨》一文引发了包括证据的主观性在内的证据理论的争论，参见《证据学资料汇编》（上），西北政法学院科研处1983年印行，第197页以下。

从质疑客观真实说的证据认识论的高度对事实说的证据概念进行了深刻反思。随着对传统证据认识论的批判的不断深入，近年来不少学者逐渐转向形式性的证据概念，如根据说、材料说等。不过，尽管新说不断，但并未从根本上撼动事实说的霸主地位。而事实说在经受其他各说攻击的过程中也不断自我修正，目前除了少数学者仍坚持传统事实说之外，^①多数学者对“事实”作了灵活的理解，如自然本质和社会本质说、^②法律存在说、^③修正的事实说等，^④此外，还有学者认为证据现象是一个过程性存在，应当转向动态的证据概念。^⑤

与域外相比，我国对于证据概念的探讨所投入的人员之多、提出的观点之繁以及争论之激烈均世所罕见。但迄今我国多数的证据概念观哲学气息过浓而法律内涵淡薄，未能将证据同实体法和诉讼程序有机地联系起来；此外，不少学者似乎并未全面地把握域外学者的论述，而是将理解的重点放在语言表述这一偏狭的视角，而事实上域外证据概念学说中的“手段”、“方法”、“结果”等词汇仅仅是对证据的一般性描述，并非对证据本质的揭示。

就证据概念的哲学气息过浓，我以为这与我国传统的伦理哲学思想、过于抽象的思维方式，尤其是轻视实用技术的传统学术思想密切相关。未能将证据同实体法和诉讼程序有机相连，主要是源于我国目前的法制发展水平还未完整地提出这方面的要求，同时也与轻视实用技术的学术传统有关。而学人们过于重视语言表述，则除了概念法学所追求的“完满体系的演绎思维”的影响之外，还与我国“正名定分”、“正名求实”的思维和制度传统有关。至于时下被不少人诟病的1996年《刑事诉讼法》第42条的规定倒并非问题的重点，“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”与“以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据”之间存在的形式逻辑上的矛盾主要还是一个立法技术问题。这里存在着两难：一方面，“正名求实”的思维和制度传统要求立法明确表述证据的内涵，但另一方面，语言表达功能的有限又使我们难以避免授人把柄的循环论证。破解之道并非证据概念的“去事实化”，而是大力发展法律解释学，域外立法很少直接对证据进行定义，证据的概念是通过法律解释学来界定的。而证据概念学说的纷纭复杂，其直接原因首先在于我国相关学术人口数量的庞大，其次在于我国对域外诉讼法制知识传统的梳理（这并非一

① 其代表者为陈一云和裴苍龄。参见陈一云：《证据学》（第三版），中国人民大学出版社2007年版，第75—83页；裴苍龄：《证据学的大革命——再论实质证据观》，载《法律科学》2010年第3期。

② 宋世杰：《论诉讼证据概念的科学表述和特征》，载《政治与法律》2005年第3期。

③ 闵春雷：《证据概念的反思与重构》，载《法制与社会发展》2003年第1期。

④ 周洪波：《修正的事实说：诉讼法视野中的证据概念新解》，载《法律科学》2010年第2期。

⑤ 宋英辉等：《证据法学基本问题之反思》，载《法学研究》2005年第6期。

个简单的语言转换工作,而往往需要进行创造性的解读)重视不够,而是过于注重所谓的观点或研究方法的“创新”,但更与新中国至今仍未能完整地确立渊源于近现代西方的理性的诉讼法制紧密相连,^①过度的学术论争经常是不必要甚至有害的,制度推动才是关键。

2. 证据属性学说

我国学界曾先后提出过数十种证据的属性,^②但迄今影响较大的仍是“三性”。

(1) 客观性。我国早期将客观性理解为本体论上的客观存在,这一散发着浓郁哲学气息的观点受到了诸多学者的质疑,但时至今日,证据具有客观性仍为多数学者所认同,有争议的只是如何理解客观性,各种观点可大别为本体论上的客观性和认识论上的客观性两派。由于坚持本体论上的客观性会造成循环论证,因此其支持者已然寥寥,认识论上的客观性被不少学者称为“法律真实”。近年来有学者认为证据的客观性实质上为证据的判断标准,并将其与证明标准理论联系起来。^③

我以为,我国传统的证据客观属性观,其缺陷并不在于对客观性的强调,而在于将其形而上学化,完全忽视了诉讼活动的当下性和实践性。证据的客观性应当被理解为认识须符合客观实际,重在这种符合的绝对性,而非认识的终极性。

(2) 关联性。就证据应具有关联性,学者们几无争议。我国传统证据法学理论对于关联性的经典解释是证据在内容上与案件事实存在客观联系。^④该观点强调的是客观终极层面的关联性,其关联性兼有证明性和证明力的内涵,判然有别于两大法系的证据能力或相关性。近年来,一些学者开始从诉讼证明的角度来探讨证据的关联性,并且更加关注它在决定证据资格方面的作用,有

^① 根据何勤华主编的《民国法学论文精粹诉讼法律篇》(第五卷)(法律出版社2004年版)一书附录2《民国时期诉讼法论文篇名索引》,在821篇论文篇名中我没有发现一篇专门研究证据的概念和属性的论文!而从台湾“民事诉讼法研究会”编辑的《民事诉讼法之研讨》第1卷至第14卷共94篇论文中,我同样未能发现一篇此类的论文;刑事诉讼法的情况也大体类似。在完整地继承了西方法制的我国澳门和香港特区,对证据概念和属性的探讨也不多见。而就我国对于苏联诉讼法制的借鉴言之,借鉴并非完全照搬,而是在一些核心环节,如法官独立审判、无罪推定等上存有相当大的保留,而苏联的诉讼法制本身就已在相当程度上以政治权衡架空了诉讼技术的运作,存在着严重的缺陷。因此,难谓我国当年对于苏联诉讼法制的借鉴是系统地继承了域外的理性法制。

^② 宋英辉、汤维建:《证据法学研究综述》,中国人民公安大学出版社2006年版,第158页。

^③ 吴宏耀:《诉讼认识论纲——以司法裁判中的事实认定为中心》,北京大学出版社2008年版,第228页。

^④ 陈一云:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第101页。

学者将证据的关联性划归为证据能力的一部分,^①甚至有的学者不再从证据属性的角度来讨论关联性,而是直接将其作为证据的采纳标准。^②

我国传统的证据关联性理论与超职权主义的诉讼制度互为支援,以司法机关单方面查明案情为服务的主要目标。既然法官可以依职权自由地选择证据,那么以限制证据资格为主要功能的关联性规则就没有产生的土壤。^③再加上学理片面地强调关联性的客观内涵,由此不但造成了理论与实践的脱节,而且限制了理论本身的进一步发展。

(3) 合法性。就证据的合法性我国学界一直存在争论。证据属性的三性说认为合法性是证据的本质特征,而两性说认为合法性只是运用证据的要求。在承认合法性的学者中,对于其具体含义也观点不一。^④综合各派观点,证据的合法性主要包括证据的形式、内容以及运用程序的合法。近年来,不少学者还从非法证据排除的角度对证据的合法性做了研究。

对证据合法性的承认表明我国学者已经认识到诉讼证明有别于其他认识活动,这标志着证据法理论的深化,但目前的研究总体上还停留于对传统的证据属性论所进行的修修补补,并未在整体上实现向证据能力或可采性理论的转换。

(五) 评析

大陆法系的证据一般概念揭示了证据的本质,证据本质的单一性决定了其概念的单一性。证据方法、证据资料和证据原因是展开层次的证据概念,它们与证据一般概念一并构成了证据概念运动的全过程:概念、判断和推理。证据一般概念是概念的形成阶段,证据方法和证据资料对应于概念的判断阶段,证据原因则形成推理。证据概念的运动过程与诉讼进程在逻辑和历史上一致的,它们之间的具体转化由程序装置予以实现。证据程序的时空之维在逻辑上构成一个倒锥形的漏斗,诉讼初始装入的是数量庞杂但良莠不齐的证据素材,案件判决时从漏斗底部流出的是作为定案依据的证据。而由于法律对证据运行过程的刻画和控制不可能是无限的,因此,证据法理论和制度便选取了证据能力和证明力作为“控制节点”。^⑤

英美法系的证据法理论不像大陆法系那样概念严谨,其证据定义仅具描述

① 卞建林:《证据法学》,中国政法大学出版社2002年版,第52—54页。

② 何家弘:《新编证据法学》,法律出版社2000年版,第107—108页。

③ 俞亮:《证据相关性研究》,北京大学出版社2008年版,第2页。

④ 宋英辉、汤维建:《证据法学研究综述》,中国人民公安大学出版社2006年版,第159—162页。

⑤ 有学者提出了证据能力、证据力和证明力的概念,并分别与证据方法、证据资料和证据原因相对应。参见陈浩然:《证据学原理》,华东理工大学出版社2002年版,第94—95页。这种概念区分实际上是将通常意义的证据能力分解为“证据能力”和“证据力”,虽然能够很好地在形式上维持证据构成的三阶层结构,但并无多少实践意义。

性，证据的具体内容则由证据的相关性和可采性理论予以回答。“相关性—可采性”在逻辑上构成“抽象纳入+单层具体排除”的双层次结构，抽象纳入由相关性完成，而具体排除通过可采性规范实现。与大陆法系理论色彩浓厚的证据概念论相比，证据概念的运动过程在英美法中表现得更为紧凑也更具实践性，一是因为判例法制度下的证据的立法和司法本为一体、同时进行；另一个原因就是英美的陪审团裁决无需说明理由，而法官裁决虽然较陪审团裁决透明得多，但法官也无法律义务为其结论给出理由，^① 证据原因的概念没有存在的必要。

苏联的法制一开始就被作为社会主义对资本主义进行斗争的武器，对法律现象不是从规范而是从社会的观点去进行研究，其奉行的一元化的实质证据观将证据理解为本体论上的客观真实的主要意义在于标榜政治正确，但此举却将证据的规范意义和程序内涵给阉割掉了，其单层式的证据概念无法付诸司法实践，最后必然流于独断论，这是非规范性的证据概念论的必然归宿。

我国传统的证据概念体系由一个事实说的证据概念和三个具体的证据属性构成。事实说的证据概念的缺陷与苏联相同，两国关于证据属性的认知本质上大体相同，^② 二者表述上的差异一是源于两国思维传统的不同——较之以前苏联，我国更加强调“正名定分”，要求表述明确，二是苏联法在技术上具有大陆法的特性。证据三性论貌似全面并富于逻辑性，但若从诉讼过程对其进行审视，就会发现该理论倾向于将证据当做一个能够自我实现的自主的、绝对确定的体系，而将历史和文化背景以及诉讼主体的主观因素置之于外，已沦为一种僵化的尺度。此外，证据属性论在诉讼中发挥作用的时间节点仅限于定案阶段，其程序功能单一。^③ 而就三个属性的关系来说，由实质的证据定义所决定，学界多认为客观性是证据的本质特征，关联性和合法性由其派生。这种看似具有层次的理论，实际上由于绝对客观真实论的桎梏而流于单层的价值评判，三性沦为对证据属性重要性的静态描述，其所代表的司法思维是一种“超整体论”模式，相应的证据程序理论和技术无由发展起来。

苏联与我国的实质化的证据概念因为强调绝对的客观真实而导致其程序内涵尽失，这是其根本不足。但客观真实的证据本质观我们仍应坚持，证据概念

^① [美] 米尔建·R. 达玛斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第179—180页。

^② 苏联的证据的客观性是其实质证据观的应有内涵，而由于在沙俄时代较为系统地继受过大陆法，证据的合法性在前苏联应视为不言自明，尽管在超职权主义诉讼模式下它已经被改造得面目全非。

^③ 纪格非：《证据能力论——以民事诉讼为视角的研究》，中国人民公安大学出版社2005年版，第156—158页。